✠

POR EL CONVENTO

DE SEñOR S. JUAN BAPTISTA, Monjas Carmelitas Recoletas de la Villa de Villalva, y Convento de Religiosos de nuestra Señora de Luna, Carmelitas Calçados de la Villa de Escazena, y de Señor San Antonio de la Orden Seraphica de ella.

EN EL PLEYTO

CON FRANCISCO ANTONIO MONJE, vezino de dicha Villa de Escazena.



N el hecho deste pleyto no ay question, y solo la del derecho, que nace de la clausula de la renuncia, que en 21. de Otubre del año passado de 77. otorgò Soror Aldonça de Jesus, Monja professa en dicho Convento de Villalva, siendo Novicia, dentro de los dos meses antes de su profession con licencia del Ordinario, intervencion del mismo Convento, y consentimiento expresso de Doña Maria Antonia de Lasalde su madre (por lo que la disposicion pudiesse exceder del tercio) y de Don Fernando de Escobar su hermano entero, que

1. *El hecho deste pleyto es llano, y vàn conformes en èl las partes.*

tambien otorgò la escritura, nos ocasiona à hazer vn breve resumen de lo que diximos en Estrados à la vista deste pleyto.

2. *Los Religiosos professos pueden declarar sin disponer cosa de nueuo, ni alterar la disposicion.*

Y aunque ya se pudiera escusar esta molestia à V. S. pues todo lo que se discurriò interpretando la voluntad de la testadora en lo que parecia obscura, y dudosa la clausula, respecto de que aun todavia vive naturalmente, y puede declarar su mente, intencion, y voluntad, sin exceder de lo que es mera declaracion, vt probat P. Thomas Sanchez *in præcepta decalogi tom.2. lib.7.cap.11.num.16.& seqq.* Barbosa *in Concil. Trident. sess.25.de regularib.cap.16.num.21.* D. Gonçalez *in cap.2. de testam.num.17.* cum Diana, & noviter D. Petrus Frasso *de Patron. Reg. Indiar. tom.2. cap.87. num.54.* La Religiosa ha declarado sin desviarse vn punto de la clausula, à favor de las memorias perpetuas que fundò en dichos Conventos, que defendemos; sin embargo ha parecido inexcussable fundar, que segun la clausula, y la declaracion de lo que en ella avia dudoso, que necessitava de interpretacion juridica, y ya es claro *ex ipso ore testatoris*, no puede por ningun medio succeder Francisco Antonio Monje, ni jamas adquirio derecho en porcion alguna de las tierras, y olivar, ni con averle nacido vn hijo espirò la substitucion de las memorias perpetuas en los Conventos, como dicha Religiosa en su declaracion se ha arreglado à la disposicion de derecho, que totalmente excluye la pretension de Francisco Antonio Monje.

3. *Los padres son herederos forçosos, con reservacion de la propriedad para los hijos de primero matrimonio.*

Y para ello se supone que la Religiosa hizo la renuncia referida en Doña Maria Antonia de Lasalde su madre, de sus legitimas paterna, y materna, respecto de que auia passado à segundo matrimonio dicha su madre, y estava gozando el vsufructo de la porcion de Don Martin de Escobar y Lasalde su hijo de primero matrimonio, que auia muerto despues del Licenciado Alonso de Escobar su Padre, quedando por su here-

heredera forçosa, conforme à la *ley 6. de Toro*, su madre pero con obligacion de reservar la propiedad para los hijos de primero matrimonio, por auer passado à segundas nupcias, conforme à la *ley 15. de Toro*, renunciò esta porcion dicha Religiosa en dicha su madre, y en D. Fernando de Escobar su hermano entero *por mitad*; sacando della tres possessiones, vna de 69. fanegas de tierras, y otras de otras tres fanegas, y otra de vn olivar, y hizo en ellas la disposicion sobre cuya execucion, aora se litiga, que se contiene en la clausula siguiente.

4. Clausula de la renuncia.

En las quales dichas tres possessiones de tierras, y olivar, despues de la vida de la dicha Doña Maria Antonia mi madre, que oy es vsufructuaria nombrò al dicho Licenciado Don Fernando de Escobar mi hermano por vsufructuario dellas, y despues del susodicho, quiero, y es mi voluntad, que succedan en dichas possessiones Doña Micaela de Escobar, Don Pedro Valentin de Escobar, y Doña Margarita Maria de Gamboa mis hermanos maternos por iguales partes; con calidad, que si los dichos tres mis hermanos alguno, ò alguna de ellas quisiere tomar estado de Religion, y no alcançare su caudal à la satisfacion de la dote que ajustare en el Convento, ò Monasterio, adonde hubiesse de entrar, y professare, aya de valerse de lo que tocare de los dichos bienes de tierras, y olivar, y alcançando su hazienda à la dicha dote, no tenga facultad de poder vender, ni enagenar los dichos bienes, sino que los tenga en vsufructo por los dias de su vida. Y NO MAS. Y si los dichos mis hermanos tomaren estado de matrimonio, y tubieren herederos forçosos, los tales ayan, y hereden las dichas tres possessiones por iguales partes. Y dado caso que no los tengan forçosos, y murieren en Religion, NO AVIENDO HEREDEROS FORZOSOS DE ESTA LINEA, que se hereden los vnos à los otros; es mi vltima, y determinada voluntad, que de estas tres possessiones de tierras, y olivar se saquen las dichas sesenta y nueve fanegas de tierras suso referidas, la qual se parta por mitad, que son treinta y qua-

quatro fanegas y media de tierra; estas las aya, y goze para siempre jamas este dicho Convento de Señor San Juan Bautista, donde soy Religiosa con cargo, y obligacion, que en cada vn año perpetuamente se ayan de dezir por mi alma, y de mis difuntos, y de mi obligacion doze Missas, en los dias que declara, *y la otra mitad, que son treinta y quatro fanegas y media de tierras, se han de partir por mitad, que son diez y siete fanegas y vna quartilla de tierra entre los dos Conventos, que estàn en la Villa de Escazena, que son el de nuestra Señora de la Luna, que es de la Orden de nuestra Señora del Carmen, y el otro de señor San Antonio, que es de la Orden del Seraphico Padre San Francisco*, con ciertos gravamenes de Missas, &c. y las otras tres fanegas, y olivar los dexa al vltimo de sus hermanos que sobreviviesse.

5. *En lo que es claro no es necessaria la interpretacion.*

Es llano en estos autos, que de los tres hermanos vterinos de la Religiosa contenidos en la clausula, Don Pedro Valentin de Escovar, vno de ellos, entro, y murio Religioso de la Orden de nuestro Padre San Francisco, y Doña Micaela su hermana, casò con Don Fernando Antonio de Vera, y muriò sin herederos forçosos, con que llegò el caso (sin controversia en estas dos porciones) de la substitucion de los Conventos segun la clausula, ibi: *Y dado caso que no los tengan forçosos, y murieren en Religion, no auiendo herederos forçosos de esta linea, que se hereden los vnos à los otros, es mi vltima, y determinada voluntad, &c.* sin que en esto por ser claro aya necessidad de interpretacion, *l. ille aut ille 25. ff. de leg. 3.* ibi: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admiti voluntatis quaestio*, D. Valenz. Velazq. *cons. 185. num. 46.* cum multis alijs, & illud Casiodori *lib. 9. variar. cap. 21. Quis de illa re aestimet deliberandum, vbi nihil reperitur ambiguum?*

6. *No se debe dar lugar à defraudar el juizio y voluntad del testador quando no ay duda en ella.*

Porque si à esto se abriesse puerta seria dar lugar à defraudar el juizio del testador, y demas inconvenientes, que con Corneo, Craveta, y Cavalcano refiere

fiere el señor Castillo *lib.4.controu. cap.18. num.38.* vbi inquit, *quod aduocati super interpretatione mentis testatoris sæpissimè prophetizant in graue damnum voluntatis eius, & heredum, quod est periniquum, & fieri non debet, ne iuditia deffunctorum defraudentur.* Y assi aunque el mismo señor Castillo *d.lib.5.cap.8.* fundando que la voluntad del testador es ley, y en suposicion de que siempre se ha de observar, mueve question, *vtrum ex eius tacita, & præsumpta voluntate induci possint fidei commissa,* resuelve q̃ si, pero và siẽpre, en que esto ha de ser de forma, *vt circumveniri non debeat vltima voluntas, nec nimia verborum subtilitate subuerti, nisi quod ex expressis in testamento, voluntas tacita colligatur, quamuis fideicommissa sine verbis, sed ex coniecturis legitimis probari etiam possit.* Cum multis, quos refert, con que en lo que està clara la clausula, seria dar lugar ex nimia verborum subtilitate, vt voluntas subuerteretur.

Sin que pueda dezirse, q̃ estas dos porciones de vno que entrò en Religion, y otra q̃ no tubo herederos forçosos, por el derecho de accrecer tocan à Doña Margarita, que muriò dexando hijo, porq̃ aviendo substitutos, como son las memorias perpetuas fundadas en los Conventos, es mas fuerte, y poderoso el derecho de substitucion, que el de accrecer *ex l.2.§.si duo ff. de bonor.poss.secund.tabul.l.18.tit.6.p.6.* & ibi D. Greg. *gloss.11.* quia substitutus venit ex propria, & expressa voluntate testatoris, coniũctus vero ex tacita, & presumpta *l.1.& per tot.ff.de vulg. & pupill. subst.* Anton. Gom. *tom.1.var.cap.3.num.26.* & ibi cum multis Ayllon, & *cap.10.num 36.* D. Larrea *decis.61.* Cancer. *3.p. var. cap. 22.num.228.*

7. *Es mas poderoso el derecho de la substitucion que el de accrecer.*

Y assi en lo que parece podia aver alguna duda es, solo en la otra porcion de Doña Margarita de Gamboa, que casò con Francisco Antonio Monje, y tubieron vn hijo que muriò dos años despues de su madre, quedando su padre por su heredero forçoso, *ex d. l. 6.*

8. *Refierese el consejo 21. de Oldrado sobre la condicion* si sine liberis decesserit.

Tauri, quæ est l. 1. tit. 8. lib. 5. nouæ recop. con que se quiere dezir, que la substitucion de los Conventos fue en caso de morir Doña Margarita *sine liberis, vel heredibus necessarijs*, y que ya dexò vn hijo, con que llegò el caso de que este succediesse, y adquiriesse su porcion, y por su muerte su padre, y heredero forçoso, y necessario, con que espirò la substitucion fideicommissaria de los Conventos, y memorias en èl fundadas, ponderando para esto *el consejo* 21. de Oldrado, vbi intenditur probare extingui fideicommissum iniunctum, *si sine liberis quis decesserit*, gravato cum liberis decedente, quamuis modico tempore filius patri, vel matri supervixerit, vt in terminis Censal. *in additionib. ad Peregrin. art.* 29. *nu.* 21. & 28. & 30.

9. *Muchos han seguido à Oldrado, aunque el hijo muera luego, ò se saque del vientre de la madre muerta.*

En los mismos terminos es tambien *el cons.* 189. de Alexandro *vol.* 6. que trae el señor Valenz. Velazq. *d. cons.* 185. *num.* 47. & 48. aunque otros citan este *cons.* de Alex. por 139. Y el señor Valenzuela alega el mismo *cons.* 21. de Oldrado, *ex l. cum vxori C. quando dies legatorum cedat. l. heredibus inprincip. ff. ad Trebell.* y al señor Molina *de Hisp. primog. lib.* 1. *cap.* 6. *num.* 16. vbi latte Addentes, cum multis alijs, qui Oldradum sequuntur, & inter eos Caualcano, qui animositer asseruit, *quod ita hoc est veritas, nisi quis velit malignari*, & ibi etiam Maldonado alios refert, & inter eos D. Valenz. Velazq. *in alio cons.* 106. *num.* 28. vbi idem defendit cum alijs, & *num.* 29. & 30. sequitur etiam D. Valenzuela Oldradum, aunque errado el *cons.* porque ya dize es 121. y a 141. incipiens *thema tale est*, y el que asi comiença es el 21. que todos traen, para q̃ *decedente grauato cum filio expirat subitutio, etiam si filius susceptus decederet in continenti, defecta semel conditione, quia substitutio semel extincta non reuiuiscit.* Y dixo mas Mantica *de coniect. vltim. volunt. lib.* 11. *tit.* 6. *num.* 10. & 11. que aunque el hijo sea siete mesino, ò nonnato, hoc est *si extractus fuerit ex secto ventre, facit spirare substitutionem.*

Pero

Pero no obstante esto pudieramos dilatarnos contra estas doctrinas, y *cons*.21. de Oldrado, que tanto se refiriò, y ponderò en Estrados por el Abogado de Francisco Antonio Monje, con la *decis*.270. de Tesauro *num*.29. vers. *Verum ab istis*, que lo impugna, y otros muchos lugares, si el mismo señor Molina, y sus addentes no lo explicaran, y decidieran, como, y en que casos se debe practicar, *d. lib*.1. *cap*.6. *num*.16. 17. 18. *&* 19. 10.

Muchos ha avido de la opinion contraria.

Traen los addentes *d.num*.16.*&* 17. el lugar del señor Castillo, *tom*.4.*cap*.9.*num*.36.*&* *tom*.5. *cap*.89.*nu*. 27.ad hoc vt recedi debeatur ab Oldradi consilio in dispositionibus perpetuis ex coniecturis, y que quando se funda mayorazgo, ò fideicommisso perpetuo, la condicion *si sine liberis decesserit*, repetitur in nepotibus, & descendentibus, quia alias dispositio non potest conseruari perpetua, vt defendit D.Molina *d. num*.18. *&* 19.& tenent Mieres, Menoch. Ramonio, & alij, quos referunt prædicti addentes in vers.*& inter*, & concludunt, quod ad hoc vt dispositio habeat tractum successivum, non sufficit momentaneum implementum, sed perseverantia requiritur, vt probat D.Castillo *d. cap*.89.*per tot*.*& quod ita sæpius senatus censuit*, *& fori communis praxis obseruat*, & Maldonado ad D.Molin. *in d.num*.18.concludit, quod ab Oldradi theorica recedi debet, quoties ex coniecturata mente testatoris inducitur voluisse facere simplex fideicommissum, & quod transit cum D. Molina nouiter Archiepiscopus Compostelanus, Collegij maioris Conchensis honor, D.Carrillo *in suis decis. Rotæ*. *decis*.233. *à num*. 1. quæ quidem decisio quamuis de fideicommisso familiæ relicto loquitur, non est circa materiam consilij Oldradi, nec ad rem nostram attinet, dum pertractat de gravamine in legitima filij ad inducendum fideicommissum, & quæ eius acceptatio requiratur. 11.

En las disposiciones perpetuas no se practica el consejo de Oldrado ex coniecturis contrariȩ voluntatis testatoris.

Pues

12. *En este pleyto es clara la voluntad del testador que quiso, que vnos se heredassen, y succediessen à otros, y por nacer vn hijo no espirasse la substitucion.*

Pues veasse aora en vna disposicion, como la de nuestra clausula, en que la testadora concluye assi: *Y no aviendo herederos forçosos de esta linea, que se hereden los vnos à los otros*, si es conjetura, aut vt melius dicam, euidencia, de que quiso que no quedasse la substitució en los hijos, sino que estos los tubiessen, y corriessen heredandose los vnos à los otros, como si dixeramos de gradu in gradum, *aut de herede in heredem*, en cuyo caso tampoco tiene lugar el consejo de Oldrado, vt probat D. Castillo *d. cap. 89. num. 55.* ni por aver nacido vn hijo, espirò la substitucion, pues le faltò heredero forçoso *de esta linea*, que lo heredasse, succediendose vnos à otros.

13. *Haziendose mencion de* linea, *se entiende de la recta de descendencia.*

Y aviendo la testadora hecho mencion de *linea*, se debe entender de la substancial, y recta de descendencia, vt probant Addentes ad D. Molin. *lib. 3. cap. 6. num. 33.* ibi: *Et verum est, quod in hispanorum primogenijs linea intelligitur de recta, successiua, & substantiali*, & infra: *Nam secundum iuris Regulas linea est electio quedam personarum ab eodem capite descendentium cap. stemmata de gradibus, cap. quod dilectio de consanguinitate, & affinitate, & ideo verbum* LINEA *vniuersos descendentes in vniuersum comprehendit*, idemque probat ibi Maldonado, que tambien la define por orden derivatiuo, ò descensivo.

14. *Y quando se dize si muriere sin herederos, se entiende de hijos, ò herederos de la sangre, y parentela, y no de estraños sin sangre del fundador.*

Y en las substituciones siẽpre q̃ se dize, *si sine herede decesserit*, idem est ac si diceretur *si sine liberis decesserit*, vt optimè declarat Vlpianus *in l. ex facto §. fin. ff. ad Trebellian.* ibi: *Si quis ita fideicommissum reliquerit, fidei tuae fili commito, vt si sine herede moriaris, restituas hereditatem: videri eum de liberis sensisse Divus Pius rescripsit.* Y assi aviendo dicho la testadora, *no aviendo herederos forçosos*, se ha de entender de los decendientes de sus hermanos vterinos llamados, y de su *linea*, que se entiende, y restringe *ad heredes sanguinis, ita vt heredes extranei non includantur*, vt cum multis probat *ex d. l.*

ex

ex facto, Cevallos *com. contra com. quæst.* 588. *num.* 1. 2. & 3.

Y el dezir *herederos forçosos*, fue porque no solo fuessen *herederos*, sino *forçosos* de la descendencia de sus hermanos, y sus hijos, nietos, ò otros descendientes, vt idem Cevallos *num.* 3. ibi: *Quia vt conditio deffíciat oportet illos descendentes, & heredes*. Y aunque al *num.* 5. trae opinion comun contraria, es fundada *in cap. præsentia de probationibus*, donde instituido por heredero vn Monasterio, dize, no se entiende morir sin heredero, el que lo instituye, que no prueba el intento, & pro vtraque parte refert Peregrinum *de fideicom. art.* 32. el qual està por la opinion que favorece à esta parte, distinguiendo quatro casos *à num.* 34. que el tercero es el nuestro aviẽdo substitucion, y en este defiende el intento, con tal esfuerço, que al *num.* 36. dize: *Quod si illa conditio intelligeretur de quibuscumque heredibus ex testamento, & abintestato, resultaret iniquitas, & absurditas quædam contra mentem testatoris.* secundum Bart. *in d. §. fin.* 15. *Si la condiciõ* si sine heredibus *se entiende esse de los testamẽtarios, ò abintestato qualesquiera, resultara absurdo, è iniquidad contra la mẽtè del testador.*

Y prosigue Peregrino *d. num.* 36. con la opinion de Baldo que coarctò tambien *ad heredes sanguinis*, conditio illa *si sine heredibus*, porque el fidei commisso, no quede inutil, y fuera de la familia, y el quarto caso es semejante al nuestro de heredero instituido, y que si muriesse sin hijos suceda otro, y sus herederos, que se entienden hijos, concluyendo al *num.* 37. que in conditionalibus heredum mentio *de heredibus sanguinis* intelligitur, y lo amplia, aunque no sea expressa, sino tacita la condicion por el argumento de la *l. cum avus de condit. & demonst. l. generaliter, §. cum autem C. de instit. & substit. l. cum accutissimi C. de fideicom.* De que siempre se entiende, ex coniectura legali, quæ presumit plus dictum, & minus scriptum, testatorẽ proprias successiones alienis velle preferri, & *num.* 43. & 51. 58. & 83. vbi quod in dubio cum in testamentarijs dispositionibus de heredibus fit mentio, de heredibus testatoris 16. *La condicion si sine heredibus, de sanguinis heredibus intelligitur, porque no quede inutil el fideicomisso, y fuera de la familia.*

capienda est interpretatio, & de cognatis ipsius, eiusq̃ familia, como aora lo ha declarado assi la Religiosa.

Y esto es mas constante aviendo dicho *herede-*

17. *ros forçosos desta linea*, esto es, de la de sus hermanos vterinos, entre quienes teniendo herederos forçosos, se avian de partir las tres possessiones igualmente (que no repugna la division al fideicomisso, como al mayorazgo, D. Molina *lib.* 1. *cap.* 11. *nu.* 7. & ibi Maldonado cum alijs) de que murieron dos sin ellos, y Doña Margarita con vn hijo, q̃ tābiē muriò, de quiē Francisco Antonio Monje su padre es heredero forçoso, pero no *de esta linea*, ni de los proprios de la testadora, cō q̃ no pudo adquirir porcion en estas possessiones, ad ea quæ fundat Fussarius *de substit. quæst.* 353. *num.* 2. de que quando se dize *herederos*, se entiende de los proprios, y no del

Quando se haze mencion de heredero se entiende de los proprios, y no del heredero de aquel heredero.

18. heredero de heredero.

Linea de personas es como vn hilo de Margaritas ensartadas, ò vna cadena eslabonada.

Y assi avia de ser esta linea de Doña Margarita, *linea Margaritarum*, que dixo el Jurisconsulto Scæuola *in l. lineam Margaritarum 26. ff. ad l. falcidiam*, donde se llama linea aquel hilo con que estavan ensartadas, y vnidas las treinta y cinco Margaritas, de que hizo legado el testador, sub nomine *lineæ*, de forma que toda aquella hilera de Margaritas es la linea de ellas. Y no se tenga por viueza, ò equivoco, pues ad similitudinem lineæ Margaritarum, de qua *in d. l. 26.* ponit *lineam* ad metiendam successionem, Roxas *de incompatib. p.* 1. *cap.* 6. *num.* 24. quia formatur ex personis, quæ suo ordine succedere debent ex voluntate testatoris, vel dispositione iuris compositis in linea, *quemadmodum perforatæ Margaritæ ponuntur linealiter in vno serto.* A exemplo tambien de vna cadena eslabonada, como dixo nuestro sabio Legislador *in l. 2. tit. 6. p. 4.* ibi: *Linea de parentesco es ayuntamiento ordenado de personas, que se tienē vnas de otras como cadena*, DESCENDIENDO DE VNA RAIZ, *y hazē entre si grados departidos.* Rox. *vbi sup. n.* 20.

19. Y aunque *à num.* 175. §. 14. per tractat de linea

as-

ascendentium, resolviendo que en los mayorazgos, y fideicommissos à falta de descendientes, puede suceder el padre del vltimo posseedor, como mas cercano, à la doctrina del señor Molina *lib. 3. cap. 9.* Esto es conforme à la misma doctrina, teniendo sangre del fundador, y en terminos de la *ley 27.* de Toro en que se funda Roxas, para admitir contra muchos la linea de ascendencia, es quando el padre es pariente del fundador, ò es el mismo instituidor, ò por sus meritos, ò à su contemplacion se fundò el fideicommisso, ò el padre sea llamado tamquam de familia, vt conclu dit *à num. 219. & seqq.*

Aunque ay linea de ascendientes, no entra en los mayorazgos, si el ascendiente no es pariente del fundador, ò es llamado, como vno de la familia.

Y hallandonos en los terminos de que Soror Aldonça de Jesus, aunque murio al siglo, y tiene cerrada la voca, para no abrirla à cosa que sea *velle, nec nolle,* quia corpore, & anima se, suasque substantias ad monasteria dedicauit, *auth. de Monach. §. illud,* vive toda via en aquella santa conversacion que le ocasionò despreciar la vida deste siglo, *sæculi istius vitam contemnens in sanctimoniali conuersatione viuere l. Deo nobis 55. §. vnde C. de episcop. & cleric. & in auth. de nuptijs §. distrahuntur col. 4.* ibi: *Ad meliorem migrans vitam,* & infra: *Aliud pro alio vitæ eligens iter.* De forma que si la tenemos viua, y en santa conversacion, puede muy bien en consciencia, sino disponer de nuevo, ni quitar cosa alguna, declarar su mente, como le ha hecho, & probatum remanet *supra num. 2.* Y parece no ay necessidad de recurrir à interpretar su voluntad, segun lo que verosimilmente respondiera si se le preguntasse qual auia sido su intencion, pues tiene voca todavia, conque sin mentar las cosas temporales de este siglo, para quitar, ni poner en lo ya dispuesto, aya podido declarar lo que nosotros dudabamos, bien que con la repeticion de *herederos forçosos*, y herederos forçosos *de esta linea,* nunca podia aver duda, *puto ædiles bis dixisse tollendæ dubitationis causa, l. 2. ff. de ædil. edicto.*

20.
Aunque el Religioso muere al mundo, le queda abierta la voca para declarar la verdad, pues vive conversando santimonialmente.

Y

21. Y asi parece ociosa ya la question de si los fideicomissos familiares se inducen ex coniecturis ad text. *in l. proponebatur 64. ff. de leg. 2.* ibi: *Etenim in causa fideicommisi, vtcumque precaria voluntas quæreretur coniectura potuit admitti, l. vnum ex familia 69. §. fin. eod.* & ibi Bart. vbi fideicommissum induci posit per coniecturas, & verba enunciativa, *l pater filium 39. §. Iulius Agripa, & §. fundum Titianum ff. de leg. 3.* D. Molin. de Hispan. *primog. lib. 1. cap. 4. & 5. n. 16. & 17.* & ibi addetes, *& cap. 11. n. 17. & 18.* Flores de Mena *q. 17. n. 18. cũ seqq.* D. Castillo *lib. 2. controu. cap. 5. & 22. & lib. 3. cap. 19. à n. 275. & lib. 4. cap. 8. & 9. & lib. 5. cap. 79. in fine. & cap. 93. §. 11.* D. Franciscus de Leon *decis. valent. decis. 60.* D. Valenz. Velazq. *tom. 2. cons. 109. & cons. 133. num. 2. & cons. 185. & 187. num. 44. & 59.* Vincentius Fusarius *de substit. quæst. 276. & 277.* Hodierna ad Surdum *decis. 232.* Franciscus Barri *de successionib. lib. 8. tit. 2. & tit. 3.*

Los fideicommissos se inducen por conjecturas.

22. Como tambien si en nuestra clausula lo hubo (sea perpetuo, ò limitado à ciertas lineas) que aunque no lo declarara la Religiosa aora, nunca se podia dudar, por aver dispuesto del vsufructo, ibi: *En las quales dichas tres possessiones de tierras, y olivar despues de la vida de la dicha Doña Maria Antonia mi madre, que oy es vsufructuaria nombro al Licenciado Don Fernando de Escovar mi hermano por vsufructuario de ellas, &c.* & infra: *Y alcançando su Hazienda à la dicha dote, no tengan facultad de vender, ni enagenar los dichos bienes, sino que los tenga en vsufructo por los dias de su vida, y no mas.* Fusario de *substitut. d. quæst. 277. num. 41.* ibi: *Decima sexta est coniectura, quando quis est institutus in vsufructu, & post eius mortem alter instituitur, quia institutus in vsufructu censetur per fideicommissum grauatus restituere instituto post mortem*, quod comprobat cum Mantica Menochio, Peregrino, Simon de Petris, Cavalcano, & alijs, & præter eos D. Salgado *in Labyrintho Cred. p. 1. cap. 2. §. vnico*

Vna es por aver dexado la fundadora el vsufructo à los llamados.

*co ex num.*13.*& seqq.*vbi acerrimè defendit institutum in vsufructu esse verè heredem, quamuis grauatum restituere per fideicommissum substitutis, & si nullus sit substitutus, venientibus abintestato, D.Vela *tom.*2. *dissert.*47.*num.*45.*& seqq.*

Y quando se hizo mencion *por los dias de su vida, y no mas*, como en nuestra clausula es otra conjetura de fideicommisso, vt probat idem Fussarius *de substit.d.q.*277.*num.*47.vbi si testator aliquem instituat in eius vita *tantum*, ita quod *vlterius* non habeat, censetur per fidei commissum grauatus, & bene de dictione, *& non vltra*, in hoc casu Fontanella *tom.*2.*decis.* 575.*num.*21. 23. *Otra es por auèr sido ad vitam, & non vltra.*

La de prohibicion real de enagenacion, de qua *l.Peto §.fratre ff.de leg.*2.ibi: *Fratre herede instituto petit ne domus alienaretur, sed in familia relinqueretur.* addentes ad D.Molin.*d.cap.*5.*num.*7.vers.*Secundus casus*, es indubitable, siue in maioratibus, siue fideicommissis D.Molina *d.cap.*5.*num.*16.D.Castillo *d.cap.*93.§.5. D. Vela *disert.*48.*num.*68.Mieres 2.*p. quæst.*5.*num.*12.*& seqq.* como no sea la prohibicion personal *quoadvixerit*, limitada por la vida de la persona, que es el caso de la *l.pater filium* 36.*§.fundum Titianum, ff.de leg.*3. vt interpretantur Addentes ad D.Molinam *d. cap.*5. *num.*17. quia cum prohibitio est realis, queda siempre la esperança à los substitutos, *& esset alienam spem deciperes* no conservar la inalienable para la familia, vt inquit textus *in l.si duobus* 3.*§.sed quia nostra maiestas*, vers.*nemo C.commun.de legat.* 24. *Otra la prohibició de enagenacion Real.*

Y aun de la permission de enagenar en el caso de dote, y no otro, se saca mayor conjetura de fideicommisso, ò vinculo, pues solo en la hazienda gravada, ò vinculada, y sugeta à restitucion, se permite la enagenacion para dote, *auth.res quæ C.commun.de legat.* D.Molina *de Hisp.primog.lib.*4. *cap.*6. Ayllon *ad Gom. tom.*1.*var. cap.*5. *num.*47. & nouiter Jullio Caponio 25. *Por causa de dote se pueden enagenar las cosas vinculadas, y sugetas à restitucion.*

tom.4.discept.forens.discept.320.num.13. Sin que pueda dezirse, que la prohibicion de enagenacion fue solo en caso de entrarse Religiosos sus hermanos, porque antes en èl ay esta permission de enagenar para dote, y fuera del se prohive expressa, y absolutamente, para si succediesse morir en Religion, ò tomando estado de matrimonio sin herederos forçosos, y no aviendolos de esta linea, que se heredassen los vnos à los otros, como assi ha sucedido, se conservassen los bienes, en quanto à la mayor porcion de tierras para los Conventos, y las otras dos para el vltimo que sobreviviesse, vt in calce, & conclusione dispositionis sic dispositum inuenitur.

26.

Bastan dos, ò tres conjeturas; y en muchas cosas se equiparan los fideicommissos, y mayorazgos, y en otras se diferencian.

Otras muchas conjeturas ay, pero no es necessario concurran todas, y bastan dos, ò tres, vt cum multis probat nouiter Emanuel Alvarez Pegas *resol. forens. cap.4.num.178.* y estas convienen tanto à los mayorazgos, como à los fideicommissos por equipararse en lo mas, vt probat D. Molin. *de hisp. primog. d. lib.1. cap.1. à num.10.* aunque al *num.13.* dize tambien se diferencian en muchas cosas, vt notat Parlador. *differ.18.*

27.

Siendo el substituto perpetuo, q̃ dà la herencia grauada, è inalienable.

Con q̃ queda fundado por las conjeturas, que bastã aver sido este fideicommisso familiar, con substitucion (faltando la linea, y parentela llamada, cuyos herederos se auian de heredar los vnos à los otros) de los Conventos perpetuamente; y en estos terminos es la doctrina de Baldo *in l. præcibus C. de impube. & alijs substit.* donde trata de vna substitucion fideicommissaria; y resuelve, que despues de los llamados succede vn Hospital, para quien conservava el testador los bienes inalienables, y gravada à restitucion su herencia; y dà la razon: *Quia hereditas est grauata, & grauamen est scriptum in rem, & afficit rem quocumque vadat.*

28.

El instituido post mortẽ alterius lleua embebida la cõdicion si super vixerit.

Y quando no estuvieramos en el caso de fideicommisso familiar, con la substitucion perpetua de los Conventos acavada la linea de sus hermanos, en que

no ay duda, como lo ha declarado la Religiosa, sino de vn Legado de vsufructo à su madre que lo gozava por su vida, y despues de ella à su hermano Don Fernando, & post eius mortem a sus tres hermanos vterinos, si fuessen Religiosos, y à sus herederos forçosos si se casaran, aviendo succedido que Don Pedro Valentin muriò Religioso, y Doña Margarita, y su hijo murieron tambien antes que Doña Maria Antonia de Lasalde madre de la renunciataria, es llano que en este caso los hermanos casandose, y teniendo herederos forçosos lo eran instituidos, pero conditionaliter post mortem alterius *l. filius à patre ff. de liberis, & posthumis*, D. Vela *tom. 2. disert. 47. num. 45.* vers. *aliam sententiam*, cum multis, y en estos terminos lleva embebida la condicion *si superuixerit*, *l. heres meus l. quibus diebus §. quidam Titio ff. de condit. & demonstrat.* Ex quibus defendit Fachineus *lib. 4. controu. cap. 16.* que quando el heredero instituido en esta forma premuere al vsufructuario falta la condicion, y se accrece la herencia al mismo fructuario.

Y la razon es, porque el heredero instituido conditionaliter, & post diem incertum non potuit adire, nec transmittere hereditatem ad eius heredes, por lo qual el señor Salgado *in Labyr. d. 1. p. cap. 2. §. vnico, num. 25.* dize, q̃ el gravado remanet cũ tota hereditate sublato grauamine fideicommissi *ad text. in l. vnica § sin autem aliquibus C. de caduc. tollend.* cum D. Castilio, & alijs. Bien que sino huvo otro substituto capaz, como en nuestro caso lo ay en las memorias perpetuas, vendrà la herencia à los parientes del testador, que abintestato le debieran heredar, que es lo mas seguro, sin que se pueda transmitir por el instituido, aunque sea à su padre, ex præsumpta voluntate testatoris, & iuris dispositione.

29. *El instituido condicionalmente no puede transmitir la herencia, que por no aver llegado la condicion no aceptò.*

Y para esto es admirable, y plenissimo el lugar del señor D. Joseph Vela *tom. 2. disert. 47. à num. 29. & seqq.*

30. *Admirable disertacion del señor Vela, y decission de Granada.*

feqq. donde refiere la decision de la Real Chancilleria de Granada, en que concurriò el señor Presidente Don Juan Baptista Valençuela Velazquez, y Don Diego Calvo Quijada, ob quorum discordiam, siendo tambien Juez el señor Vela, passò à la Sala del señor Don Francisco de Solis Ouando, Don Melchor de Valencia, y otros señores, y al fin se confirmò vna sentencia, que à su favor obtuvo vn hermano del testador, que pretendia entrar abintestato (parece que implica) por muerte de la vsufructuaria, que dexò à su padre por heredero.

31. *Ordinariamente los Abogados dexan que los señores Juezes lo trabajen todo.*

Y aunque por ser las partes pobres, se hallavan destituidas de auxilio de Abogados, dize el señor Vela *d.num.29.in fine,* que por vna, y por otra, entre los siete Señores se expedian infinitos, y muy selectos fundamentos, *inter quos pro vna, & altera parte (quæ cum inopia laborarent, aduocatorum ferè auxilio destitutæ sunt) quam plura, eaque selectissima expendebantur.* Que ordinariamente sucede esto en muchos pleytos, y lo suelen trabajar todo, por nuestro descuido, los señores Juezes *ad tit. C. vt quæ desunt aduocatis iudex suppleat.*

32. *Fundamentos, que refiere el señor Vela por el padre heredero forçoso de su hija, por quien pretendia auer sucedido en todo por ser incapaz el substituto.*

Deziase pues por la parte apelante, que era el padre, ex traditis per D. Velam *à num.30. vsque ad 42. inclusiuè,* que Vrsola su hija avia sido instituida por heredera, y substituido el Convento de nuestra Señora de Gracia de la Orden de nuestro Padre San Francisco, totalmente incapaz de heredar, y succeder en el fideicommisso, y que aviendo la palabra *heredera*, era dueña, y señora de todo, quia verbum *heres,* absque diptongo scribi debet, vtpote dictum ab *hero,* qui idem est ac dominus, y que aunque dezia lo fuesse *de sus bienes, y vsufructo de ellos por sus dias,* no podia esto restringir la precedente general disposicion, è institucion de herencia, y que aqui era causal el vsufructo, y assi aviendo substituido vn Convento incapaz, le succedian à la

la muger sus herederos, y teniendolo forçoso, como lo era su padre debia succeder en todo, pues dada la incapacidad del Monasterio, era lo mismo que quedar Vrsola instituida solamente, aunque en el vsufructo, pues lo mismo es no tener coheredero, ò substituto, que tenerle inutil, y porque el testador no muriesse partim testatus, & partim intestatus el instituido en el vsufructo sin coheredero, ò substituto insolidum, etiã quoad proprietatem heres mansit, ac per consequens hereditatem transmissit ad patrem, & similia.

33. *Fundamẽtos cõtrarios para excluir al padre, y en fauor de los parientes del testador.*

Desde el *num.*43. refiere el señor Vela los fundamentos contrarios, que dieron motivo à la decision, y executoria de Granada, que se reducen à la regla vulgar de que en todo caso la voluntad del testador es la que domina, y tiene primer lugar, y que fue clara, de dexar à Vrsola su muger el vsufructo *por sus dias*, que vale tanto, como *por su vida*, ne adiectum otiosè videatur illud verbum *por sus dias*, y assi restringiò la herencia, y dominio de ella *por su vida*, de tal forma, que no la pudiesse transmitir à sus herederos, sino que se entendia tacitamente gravada à la restitucion *per fideicommissum, sub distinctione duorum casuum*. El primero, si el coheredero, ò substituto fuesse capaz, que entonces se entiende instituido condicionalmente; y el segundo, si no huvo coheredero, ò substituto, ò lo huvo incapaz, que en este caso el vsufructuario se entiende gravado à restituir à los herederos abintestato del testador, en cuyo favor fue inducido el fideicommisso. Y al *num.*50. funda, que tambien ex actu nullo, & inutili voluntas disponentis declaratur, y que en auer llamado por ignorancia en la substitucion al Convento de Gracia, manifestò, que su muger solo por su vida gozasse, y no transmitiesse à sus herederos aquella herencia, aunque lo fuessen forçosos, ni à su mismo padre, *nam si monasterium illud capax esset, vt ipse existimauit, bona perpetuo adquireret*, y la razon que le moviò de piedad para llamar al Convento, y excluir

à sus parientes cessava, no siendo capaz de succeder, y era justo que no entrasse por esto vn estraño de agena linea, *& non de parentela testatoris.*

34. *Por derecho del Reyno puede vno morir partimtestatus, & partim intestatus.*

Y desde el *num.*48. funda que ya por derecho del Reyno, *ex l.*1*.tit.*4*.lib.*5*. nouæ recop.* vale el testamento sin institucion de heredero, y cessa el inconveniente de morir, testatus pro parte, & pro parte intestatus, de forma, que no ay palabra de las que he referido, que no vaya exornada de infinitos textos, y authoridades, vt eius moris est, como Vela que tanto se despavilò, y aun por esso muchos no perciben luz de ella, y les parece obscura, y dilatada su doctrina, siendo lo mas cierto, que aunque difussa, alcança su claridad hasta donde se puede percebir.

35. *En nuestra especie no puede darse caso en que succeda el padre del grauado ex supra fundatis.*

Por todos estos argumentos en nuestra especie no puede darse caso, en que succeda en porcion alguna Francisco Antonio Monje, porque si se considera fideicommisso perpetuo familiæ relicto, no es de la familia de la fundadora, si substitucion fideicommissaria cum conditione, *si sine liberis decesserit*, perpetua, ò limitada à ciertas lineas, no se cumpliò esta condicion con aver dexado Doña Margarita el hijo, ni espirò la substitucion, porque no solo ay conjeturas contrarias en la misma disposicion, y que quiso la fundadora fuesse perpetua, y repetitiva en los de su familia, y linea de sus hermanos, pero declaraciō clara q̄ ha hecho, y pudo hazer de su mente, è intencion, de que aquella condicion se repitiesse en los herederos forçosos *de su linea*, taliter que no aviendo herederos forçosos de ella, que se heredassen los vnos à los otros succediessen los Conventos, y memorias perpetuas en ellos fundadas. Y si se quiere dezir, que Doña Maria Antonia de Lasalde solo fue vsufructuaria, y que la propriedad estava adquirida por sus hijos de segundo matrimonio por la institucion de su hermana, esto no tiene fundamento juridico, porque aunque se considere este llamamiento institucion, fue condicional, *si super vixerint,*

rint, y esto faltò, sobre auer otra clara, y expressa en la clausula, ibi: *Y dado caso que no tengan herederos forçosos, ò mueran en Religion, no aviendo herederos forçosos de esta linea, que se hereden los vnos à los otros, succedan los Conventos.* Cuyos casos llegaron, porque vno muriò en Religion, que fue Don Pedro Valentin; otra sin herederos forçosos, que fue Doña Michaela, y no los ay de esta linea, que se puedan heredar los vnos à los otros; y Doña Margarita tampoco los tuvo en la forma que por conjeturas claras se requeria, y oy por evidencia, segun la declaracion de la fundadora, de que fuessen decendientes de esta linea, vno despues de otro, y no ascendiente que no es de esta linea, y parentela, como sucede en Francisco Antonio Monje.

36. *Siendo ya manifiesta la voluntad de la testadora, esta debe dominar en todo.*

Y sobre todo aviendo premuerto à Doña Maria Antonia, assi D. Margarita su hija, como Juã Joseph su nieto, si se considera herencia libre, caducò la instituciõ, y se accreciò la herẽcia à la vsufructuaria por su vida, gravada à restituir por fideicommissum à Doña Micaela que superviviò, si hubiera tenido herederos forçosos, que no los tubo, ni hubo otros de esta linea, con que llegò el caso de succeder los Conventos de Monjas, y Frayles, y no Monje, por todo lo fundado en este papel, que se sugeta à la superior censura, y correccion de V.S. que si juzga siempre por lo que verosimilmente respondiera el testador, vt inquit D. Castillo *lib. 4. controu. cap.* 12. aqui ha respondido la misma, que dispuso, lo que entonces quiso, y hecho ya manifiesto lo que antes se discurria por conjeturas, *voluntatem manifestam videri.* que dixo el texto *in d. l. proponebatur 64. ff. de leg.* 2. Y assi aunque siempre debe dominar el discurso, è interpretacion de los Señores Iuezes, non sic quando ay voluntad clara del testador, vt inquit text. *in l. cum quæst. 22. in fine C. de legatis.* ibi: *In omnibus etenim voluntatem testatoris, quæ legitima est, dominari censemus.* Salva, &c. Sevilla, y Febrero 10. de 1690.

L. D. Andres de Velasco.